

## 論文

## 民法典の構成と民法の講義体系（1）

山本 隆司

The Variety of Codification of Civil Law and The Curriculum of  
Civil Law in the Faculty of Policy Science

Ryuji YAMAMOTO

## Abstract

According to study about Legal History of the Codification of Civil Law and through the method of comparative law between Civil Codes of France, Germany and Japan, we try to construct the idea of the best Curriculum of Civil Law in the Faculty of Policy Science.

キーワード： 民法 講義 法典編纂 民法典の普遍性

## はじめに

本稿は、2016年12月19日に行われた筆者の「退職記念講義」に大幅な加筆修正を加えたものであり、主眼は政策科学部における民法の講義体系についての考え方を整理するものである。しかしこの主題に答えるために、その前提作業として民法と民法典の成立にかかわる事柄を概観しておきたいと考えるので、以下のような構成となった。

現行法についてのみならずその「前史」に紙幅を割いたのは、法律もその解釈運用も、何か神の如き超越者がいて一方的に人間に啓示したものではなく、ある時期に登場した人間の集団が作った仕組みを、次に続く時代に生きる人々が歴史経過の中で継承しつつ内容を豊富化していくという、時代と空間を超えた集団としての人間の集合知の賜物であり、現時点においてもそれは完成品ではなく、形成途上の試みという形で人々の前にある人間の英知の姿なのだ、ということを示したかったのである。

このような問題意識で、法学部ならざる政策科学部において民法について講義してきた筆者であるが、法学部以外の社会科学系の学部における民法講義の考え方、特に政策科学という新たな学問領域を構築せんとする我々なりの取り組みについての試論を提示しようとするものである。

## 1. 法・法制度の始まりと成文法

紛争の解決の場としての裁判における判断基準となる法（実体法）は、その解決のための手続き（手続法）がまず構築され、これによる紛争と解決との蓄積の中から形成されたといわれている。最初に手続法があり、後に実体法が形成されたという<sup>(1)</sup>。そうして形成されてきたであろう法が当初は事例ごとの解決が蓄積される慣習法として形成されていったが、後に一般命題化され文章化されたのは、様々の起源にまつわる話があるが、今日の我々に強い影響を持つものは紀元前 451 年のローマの「十二表法」であるといわれている<sup>(2)</sup>。

その後、共和制ローマも帝政ローマもこのような成文法を新たに定めることなく、1000 年近くわたって数多の勅令、膨大な裁判実務並びにこれらにかかわる学説を蓄積していったようである<sup>(3)</sup>。

### 注

<sup>(1)</sup> 兼子一『実体法と訴訟法－民事訴訟の基礎理論－』（民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座 第 1 巻』（1954 年）1 頁以下、後加筆改訂されて 1957 年に単行本）3 頁以下。一般的には、判断基準としての「実体法」が先行し、これを裁判手続きの中で審議するための手順として「手続法」が追う形になると観念されがちなのである－後述注<sup>(20)</sup>。

<sup>(2)</sup> ハムラビ法典などの古代法典も伝えられているが、16 世紀頃以来の歴史の展開の中で欧州に由来するものが今日の世界の多くの国の法制度に強い影響を及ぼしているのはローマ法と総称されるものであると考えられる－西欧に起源する法制度などがなぜ近代以降の世界でグローバルなイニシアティブをとることになっているかについて Pomeranz, Kenneth, *The Great Divergence*, 2000 / 川北稔監訳『大分岐－中世ヨーロッパ、そして近代世界経済の形成』（2015 年）。

「十二表法」は、それ以前は「神の託宣」として神官たちに独占されていた法を、人間が読んで理解することができるように文章化されたものであるといわれている。「十二表法」はローマの広場などに掲示板の形で公示されたことで、市民の間で人口に膾炙され、また長くローマの子供たちの国語教育の教科書としても用いられたといわれている－法制史学の研究ではないが、成文法としての「十二表法」の意義について、塩野七生『ローマ人の物語 I－ローマは一日にして成らず』（1992 年、152 頁以下（新潮文庫版「ローマ人の物語第 2 巻」2001 年、43 頁以下）。

<sup>(3)</sup> 「十二表法」以降の紀元前 5 世紀から「ユスティニアヌス法典」（後述 2）の 6 世紀までのことは、ローマ法史ないし歴史学に属する問題であり、筆者にも興味があるが、専門的研究を踏まえているものではないので、本題を優先させるために他日を期するものとする。

## 2. 法の事典としての「法典」の編纂…ユスティニアヌス法典

ローマは、共和制からいわゆる「帝政」に移行し、そして4世紀には東西に分裂し、5世紀には西側が滅亡した。「十二表法」から数えても約千年の長きにわたる期間の中で、この間に膨大なものとなってきた勅法・裁判例と学説の集積を纏め上げる作業が、6世紀に東ローマのユスティニアヌス皇帝のときに行われた<sup>(4)</sup>。いわゆる「ユスティニアヌス法典＝ローマ法大全」である<sup>(5)</sup>。これは、「旧勅法彙纂 Codex Justinianus」「学説彙纂」「法学提要 Institutionus」「新勅法 Novellae」からなる。

この内「学説彙纂」は1528巻300万行<sup>(6)</sup>からなる。この「学説彙纂」を50巻15万行に要約したものがDigesta（英語のダイジェスト）と呼ばれ、そのギリシャ語がPandectaeといわれる。その叙述方法は「一般的な通則的規律規定から個別具体的な類型ごとの規律規定」への流れで「総則・各則」型の構成がとられている。つまり全体を通じての最も一般的な通則的規律規定群が「総則」にまとめられ、これに対応する個別規律規定群が「各則」であるが、その「各則」の中でも一般的な通則的規律規定群が各則中の「総則」としてまとめられ、その下位にその各則中の「各則」がおかれるという、いわば概念のピラミッドが形成されるように編纂されている。この編纂方式は、ドイツでも「パンデクテン体系」と呼ばれた。近世以降に幾何学をモデルとした自然法思想の下で精緻化が試みられた（後述3.3.）この体系は、理論的であつ個別具体的な問題に応じた規律内容を検索しやすいといわれている。

他方「法学提要」は当時の法律家養成のための法学校の教科書と考えられたもので、全体が「人」「物」「訴訟」という具体的対象に即した記述が行われているという<sup>(7)</sup>。

ところで、この間、ローマは東西に分裂し、特にその西側はキリスト教の支配する中世の時代にフランク王国とその分裂後の統治形態となって四分五裂し、またローマ法の存在は西ローマ滅亡後に進出・定着してきたゲルマン諸族の法（慣習法）の陰に隠れることとなったようである。

### 注

<sup>(4)</sup> 以下は、本来は法制史家と歴史家の手になるべき仕事であり、一実定法家に過ぎない筆者に専門的叙述ができるものではない。また学術文献も、筆者の手元にあるだけでもかなりのものとなる。以下では、便宜的にWikipediaの説明を参照しておく－「ローマ法大全」<https://ja.wikipedia.org/wiki/ローマ法大全>（2017年1月14日）および「ローマ法」<https://ja.wikipedia.org/wiki/ローマ法>（2017年1月14日）。

<sup>(5)</sup> 一般にユスティニアヌス「法典」と通称されるが、現行「民法典」のような国家制定法ではない。ユスティニアヌス皇帝の指示の下に行われた編纂事業であり、約1000年の期間にわたるローマの多数の勅法、裁判例、学説を網羅的に編集した、いわば「法に関する百科事典」のようなものである。

<sup>(6)</sup> 書物の形式として現在の「冊子」型が発明されたのは2～3世紀頃、「初期キリスト教時代」

辺りのことで、このころまでの書物の多くは…またその後も長きに渡り…巻物の形態であった。したがって記載の量を示す最も適切な単位は頁数ではなく巻数と行数なのである。「冊子」型は書物の任意の場所を即座に開くことができるという画期的な技術革新である。これに比べて数十巻の巻物から必要な叙述を発見するための労力は大変なものとなる - Pettegree, Andrew, *The Book in the Renaissance*, 2010 - アンドルー・ペティグリー著／桑木野幸司訳『印刷という革命 - ルネサンスの本と日常生活』（2015 年）18 頁以下。

もっとも、ユスティニアヌス法典が巻物であったのか冊子であったのかは判らない。ただ、「旧勅法彙纂」は Codex Justinianus といわれており、codex は「冊子」という意味だといわれているから、これらの書物が実はパピルスに替えて羊皮紙が用いられた冊子であった可能性もある - ペティグリー／桑木野・前掲書 19 頁。

書物の素材がパピルスから羊皮紙を経て紙に至る経過については、ペティグリー／桑木野訳・前掲書のほか、Kurlansky, Mark, *Paging Through History*, 2016 - マーク・カーランスキー／川崎智子訳『紙の歴史 - 歴史に突き動かされた技術』（2016 年）。

- <sup>(7)</sup> 法学提要の翻訳は佐藤篤士・早稲田大学ローマ法研究会訳『ガイウス法学提要』（2004 年）があるが、未見。

### 3. 制定法としての民法典の編纂に向けて

#### 3. 1. 封建的領主裁判権の下でのローマ法…ラテン語で語られる「普通法」<sup>(8)</sup>

旧ローマ帝国の東部地域に、ローマ東西分裂後に東ローマのユスティニアヌス皇帝の編纂になるユスティニアヌス法典（ローマ法大全）が存在することは、分裂以降のローマ帝国西部地域には知られていなかったのかもしれない。

しかしこの東ローマの業績は、12 世紀ころになって欧州西部地域にも知られることになった。10 世紀ころからの十字軍遠征によるアラブ地域からのさまざまな文物の略奪と、オスマントルコ帝国による東ローマ帝国への攻撃、そしてその滅亡に至る過程で東ローマの学者を含む人々が欧州西部地域に多くの文物を伴って逃れてきたことに因るらしい。この歴史的な出来事の中で「ユスティニアヌス法典」が 12 世紀（1135 年）に欧州西部地域にももたらされ、イタリアのボロニア大学等の法学部で教授されるようになったといわれる<sup>(9)</sup>。

こうして東から伝えられたローマ法の集大成は、当時の封建制度の下での欧州西部地域でも、以下の意味で重要な意義を持つようになったと考えられる。

封建制度とは、封建領主が支配する多数の狭隘な地域ごとに分断され、そのそれぞれが一定の主権を持って領地支配に臨むというもので、その封建領主の支配権の柱をなすものが領主裁判権とされる。そこでの裁判の基準は、おおむねゲルマン諸族に伝えられてきた地域ごとのさまざまな慣習法であったものと考えられる。

しかし人々の間で生じる紛争がすべて封建領主の支配する狭隘な地域の内に止まるものではない。特に広範な地域にわたる商取引<sup>(10)</sup> にかかわるような紛争は、個別の封建領主の支配す

る地域を越え、複数の封建領主支配地域にまたがる形で発生しうる。この場合、地域ごとに異なったゲルマン慣習法によるだけでは適切で地域をまたがって妥当するような裁判が極めて困難となる。

このとき、単一地域を越える一定の普遍性を持つ法規範が必要とされ、その役割を担うようになったのが12世紀ころに欧州西部地域にもたらされたユスティニアヌス法典に示されるローマ法であった。封建制度下の欧州西部地域において、地域ごとの区々別々で多様なゲルマン諸族の慣習による地域法に対して、ローマ法は複数の地域にまたがって普遍的に通用する「普通法 *Gemeines Recht* = *common law*」として、その場における法的判断の正当性を裏付けるものとして位置づけられるようになった<sup>(11)</sup>。

このような封建時代の領主裁判制度の下での普通法としてのローマ法を担っていたのが、各地の領主裁判所で日常的に裁判実務を担当する裁判官をはじめとする法律家たちである。彼らは、普通法としてのローマ法を学ぶためにボロニア大学を始めとする各地の大学の法学部に集い、そこで当時の学術的標準語としてのラテン語を用いてローマ法を研究し、その成果を学んだのである。法律家たちは、その成果を封建制度下の各地の領主裁判所に持ち帰って活用した。こうして、学術としてのローマ法研究とその学習の成果がラテン語を介して欧州西部地域全体に普及していった<sup>(12)</sup>。

## 注

<sup>(8)</sup> さまざまの文献に代えて Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1952 – 鈴木禄弥訳『近世私法史 – 特にドイツにおける発展を顧慮して –』(1961年、なお創文社は、刊行から55年を経た今も本書を在庫しておられた。このことに示される学術書出版社としての見識に裏付けられた姿勢に深甚なる敬意と感謝を表したい)、上山安敏『法社会史』(1966年)。

<sup>(9)</sup> ヴィーアッカー／鈴木訳・前掲書 56 頁以下。1135 年という明確な数値は、中谷惣『訴える人々－イタリア中世都市の司法と政治』(2016 年) 27 頁で接した。

<sup>(10)</sup> 近世ヨーロッパでイタリア北部諸都市を基点として展開されていたヨーロッパ全域にわたる広範な経済取引の状況について、経済史学の立場から大塚久雄『株式会社発生史論』(1938 年初出、『大塚久雄著作集第 1 巻』1969 年に所収)。

ゲルマンの社会は農業と狩猟を中心とし、この生活形態に即してゲルマン法は農耕社会の法として土地などの財産の現実的利用の秩序を中心とするものであったのに対して、ローマ法は商人らの頻繁な通貨を介した交換取引の社会で形成された商人法であるといわれる。このローマ法の特徴が当時の広い地域にまたがる商業取引に対応した法に対する社会的要請に適う側面があったとも考えられる。

<sup>(11)</sup> この整理の仕方は乱暴である。1648 年のウェストファリア条約体制 (*Westfalien Frieden*) により、神聖ローマ帝国の中で最大 300 を越える都市・領邦に分かれていたドイツ地域において、そのそれぞれの都市・領邦に一定の統治単位として主権と内政不干渉の

原則が認められたことはその後の歴史展開を見る上で重要である。手近なものとして森井祐一編『ドイツの歴史を知るための50講』（2016年）79～144頁。ゲルマン慣習法の担い手である民衆と、教会法に拠るカソリック教会、ならびに各封建領地を支配する政治権力者とその下で漸次整備されつつある官僚機構と官僚的裁判制度との複雑な展開があり、本文で述べたようにきれいに整理できるものではない。ヴィーアッカー／鈴木訳・前掲書の第1部（同署1頁以下）ならびに第2部（121ページ以下）は、18世紀末の啓蒙主義的理性法による法典編纂にいたる時期を整理している。また上山・前掲書はこの問題をドイツにおける法の担い手についての知識社会学的研究を踏まえたものである。「乱暴」でない精密な整理と検討は、機会があれば試みたいと考えている。

- (12) ラテン語が学者の共通語であったことがもたらした科学上の成果について、法律学の領域ではないが、Gingerich, Owen, *The Book nobody Read: Chasing the Revolutions of Nicolaus Copernicus*, 2004／柴田裕之訳『誰も読まなかったコペルニクス－科学革命をもたらした本をめぐる書誌学的冒険』（2005年）は、コペルニクスの『天空の回転』（1543年）が初期の印刷本として出版された初版本と第2版を世界中から収集した書誌学的研究の成果である。注目されたのは『天空の回転』の約500冊の古本の欄外に頻繁に見出される書き込みである。この書き込みに筆跡の異なる書き込みがしばしば発見され、同じ一冊の本がヨーロッパ中であちこちに持ち主を変えながら回されていく…その様子を当時の第2版までの収集可能な約500冊について研究すると、その欄外の書き込みを通じて当時の学者たちが対話していたことが観察されるという。今のような学会が設立される遙か以前に、書物への書き込みとそれを次の読者に何らかの原因で渡すという過程を通じて学問的な対話が行われたらしい。そしてこれを可能にしたのは、活版印刷による書物の普及と並び、『天空の回転』本文も欄外への書き込みも皆、基本的にラテン語でなされていたことによることが明らかにされている。

### 3. 2. 法律の俗語化と各国の民法典編纂

時代が下ってくると、狭隘な封建的統治単位・地域に代わり、長く複雑な歴史的経過をたどって統治単位としての国家 Staat, state が言語や文化における共通性を軸に「民族 nation」という単位で考えられるようになり、いわゆる「国民国家 nation state」というものが登場する。ヨーロッパでは15世紀末以降の活版印刷技術の普及や宗教改革を通じ、知識と学術を語る言語としての俗語（ラテン語と対照される各民族の日常語）が重要性を帯びてくる。法と法学もその例の外に出るものではない<sup>(13)</sup>。

啓蒙思想家モンテスキューは「法律の作成にあたって遵守すべき事柄」として概略「法は統一的普遍的なものではなく、民族と風土と言語の違いを反映するものであるべきだ。でないと、特殊な専門教育を受けた者以外には法にアクセスできないではないか」という旨を主張した<sup>(14)</sup>。この主張は、封建制度下の狭隘な領主支配地域を言語と文化の共通性を軸に統合して広範な国家体制を構築しようとしてきた当時の欧州西部地域の絶対王政下の国王たちに大きな影響力を

もった。こうして、ラテン語で語られる世界共通の法ではなく、民族の日常語で語られる国民国家に固有の法が構想されるようになる<sup>(15)</sup>。

絶対王政下のフランスで、18世紀の中ごろから、フランスの民法典を編纂する動きが始まる。フランスでは、ローマ法の影響が強い南部地域とゲルマン法が支配的な北部地域との間で具体的な紛争解決の基準に齟齬をきたしており、国家が独占する裁判権の行使に支障をきたすという事態が認識されていたといわれる<sup>(16)</sup>。このフランス語によるフランス全土に妥当する制定法としてのフランス民法典は、ブルボンの王朝の下で編纂事業に着手され、フランス革命の間も継続され、ナポレオン皇帝の統治下にあった1804年に完成する<sup>(17)</sup>。制定後200年以上を経た現在でも、数々の部分的手直しを経てはいるが基本的に妥当している。

また神聖ローマ帝国のドイツ地域でも、封建制の下で数百の領主支配地域に別れていた中で勢力を増してきていたプロイセンのフリードリヒ・ヴィルヘルム一世やフリードリヒ大王などが、啓蒙思想の影響の下に俗語の法典を構想した。当時の法曹は一般にラテン語を使って議論し、判決文などを書いていたのだが、フリードリヒ大王らは、法を語る言語は政治的主権者である自らに充分に理解できるドイツ語でなければならないという「法と法曹に対する不信の念」を契機とする法曹改革に着手し、その一環として法の日常語化の企てが行われた。プロイセンにおけるこのドイツ語による法典制定の企ては、フリードリヒ大王没後の1794年にプロイセン一般ラント法 *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR)* として結実する<sup>(18)</sup>。この法典編纂事業を通じ、プロイセンの法律学者たちによってラテン語の法律用語がドイツ語に翻訳された。その法律ドイツ語の構築の業績は、マルチン・ルターの手になるドイツ語による欽定訳聖書の編纂事業を通じてのドイツ語の構築に匹敵するといわれる<sup>(19)</sup>。

## 注

<sup>(13)</sup> 知の俗語化とこれによる爆発的な知の普及と交換について、活版印刷技術の貢献は大きかったようである。ペティグリー／桑木野・前掲書 559 頁には、「1450 年 - 1600 年にヨーロッパ全域で生産された印刷物の概要」という付録があり、34 万点以上の印刷書物のうち 18 万点がフランス語・イタリア語・ドイツ語などの「俗語」で出版がなされていたという概略が示されている。

<sup>(14)</sup> モンテスキュー『法の精神』(1748 年原典初版) 第 6 部第 29 編 (稲本洋之助訳) 第 16 章、岩波文庫版 (1989 年) 下巻 275 頁以下。

<sup>(15)</sup> Hattenhauer, Hans, *Einführung in die Geschichte des Preußischen Allgemeinen Landrechts*, 1970 (本論文は、プロイセン一般ラント法の全文公開に際して付された解説である), S. 11ff. で、モンテスキューの主張がヨーロッパの啓蒙専制君主に (三権分立以外の文脈で) 広く受け入れられ、これがフリードリヒ大王によりドイツ語で記述される法典の制定にいたるという経過が説明されている。

ドイツとフランスが民法について包括的な法典を制定し、イギリスはその道に入っていないことにつき、実務法曹の職業的組織化と実務法曹の顧客層の形成の違いや立法ないし

君主とのかかわりという視点から、上山安敏「近代ヨーロッパの法律家の知識社会学的諸類型」(同『法社会史』序説)。

<sup>(16)</sup> Charmaz, Hans, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, 初版 1937, 1968 年再版, S. 129ff. - 本書は、書名から察せられるとおり本来はプロイセン一般ラント法・フランス民法・ドイツ民法・オーストリー民法に関する、典型契約規定を素材とした比較法研究であるが、それぞれの民法典の成立過程に紙幅を割いている。ヴィーアッカー／鈴木訳・前掲書 430 頁以下。

<sup>(17)</sup> ヴィーアッカー／鈴木訳・前掲書 429 頁以下。

<sup>(18)</sup> Hattenhauer, Einführung, 前傾。また、プロイセン一般ラント法を「世俗の聖書」と判断する向きもあったことについてヴィーアッカー／鈴木訳・前掲書 422 頁。なお、プロイセン一般ラント法のドイツ語全文は <http://ra.smixx.de/Links-F-R/PrALR/prair.html> (2017 年 1 月 14 日)。プロイセン一般ラント法は、I 物権法(個人の財産法) 1 所有権の直接の取得の態様、2 その間接的取得の態様(債務法を含む)、3 死因による所有権取得(相続法)、4 所有権の維持と喪失、5 共同所有、6 物に対する物的権利及び人的権利、II もろもろの結社 Vereinigungen (グローチウスのいわゆる団体結成 consociatio) 1 世帯 Hausstand を創設する権利(家族法・家産法及び徒弟法)、2 国家における種々の身分の権利、3 市民に対する国家の権利(憲法及び行政法)という構成で、総数 1 万数千箇条からなる大法典である。この一個の法典で当時のプロイセンにかかわるすべての法律関係の基礎を構築しようとしたのである - ヴィーアッカー／鈴木訳 416 頁、上山・前掲書 174 頁以下、特に 180 頁以下。本題とは逸れるが、身分制社会であったプロイセンでは、貴族をはじめとする家父長の地位をどの子供が継承するかといった問題が重要で、婚姻も身分的地位の継承に付随する問題 - どの男女の間で生まれた子が身分継承資格を持つか - という視点から詳細に規定された。

<sup>(19)</sup> 啓蒙期における「自然法的な諸法典」として本稿で触れるもののほかバイエルン民法典(1753 年、このほか 1751 年の刑事法典、1753 年の民事訴訟令がある) - ヴィーアッカー／鈴木訳・前掲書 408 頁以下、および 1811 年のオーストリア一般民法典(原語に忠実に訳せば「ドイツ本国のための一般民法典」Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande=ABGB) - ヴィーアッカー／鈴木訳・前掲書 422 頁以下がある。この時代のオーストリア帝国はハプスブルグ帝国として現在のハンガリーをはじめとする中欧・東欧諸国を版図に持つ広範な領域にわたる国土を持っており、後にドイツ地域の新興勢力であるプロイセンとの間でドイツ統一のイニシアティブを争うに至る態勢(普墺戦争 1866 年)にあった。

### 3.3. フランス民法典とドイツ民法典

今日でもその基本的構成を保って妥当している法典法の代表的なものが 1804 年施行のフラ



ンス民法典と 1900 年施行のドイツ民法典である<sup>(20) (21)</sup>。

1804 年施行のフランス民法典は、18 世紀後半からの立法にかかわる取り組みの集大成であり、全体で序章と 5 つの編からなる、いわゆる Institution 体系による民法典である。

「序章」は法律一般についての公示と適用、「第一編 人」は私権の主体・住所・婚姻と離婚・親子・未成年など、「第二編 財産、及び所有権の種々の変容」は所有権と不動産の貸借による利用権及び地役権、「第三編 所有権取得の種々の方法」は相続や夫婦財産関係と経済的な取引契約ならびに消滅時効・占有と併記される取得時効、「第四編 担保」は保証などの人的担保<sup>(22)</sup>と抵当権などの物的担保、「第五編 マヨットに適用される規定」はフランスの海外領土に適用されるフランス民法典の諸規定に関する定めである。ここでは、財産権が所有権を中心に考えられていること、契約上の地位に譲渡性を持たせるための財産権としての「債権」の概念が希薄であり、契約は所有権等の財産権の取得原因としての位置づけが与えられていることなどが日本やドイツの民法典と異なっている<sup>(23)</sup>。

ドイツでは、18 世紀初頭から多くの学者によって「パンデクテン Pandekten 教科書」が書かれ、パンデクテンの体系にしたがって民法について語る形がとられてきた<sup>(24)</sup>。しかし、国家制定法としての民法典の誕生は 19 世紀末、ドイツ帝国の誕生後に取り組まれた<sup>(25)</sup>。

ドイツ民法典は以下のように 5 編で構成されている。「第一編 総則」は人（権利能力（自然人と法人））・物（有体物）・期間・法律行為・代理など、「第二編 債務関係 Schuldverhältnis」は第一章が内容的に「総則」であり、第二章以下が「各則」に当たる。第一章（債務関係総則）は債権の効力・契約に基づく債務関係一般・債権譲渡・多数当事者の債権関係（物権的効力がない担保＝人的担保）・債権の消滅原因などであり、第二章以下（債務関係各則）は債権の発生原因についての一群の規定で、各種の契約（典型契約）についての諸規定・契約によらない債務関係（事務管理・不当利得・不法行為）が、「第三編 物権」はやはり「物権総則にあたる第一章」（物権法定主義・物権変動）と第二章以下の「物権各則」に関わる諸規定とにあてられ、各種の物権（占有・所有権・その他の各種目的物利用権・各種担保物権（物権的効力を持つ担保権＝物的担保））が規定されている。経済財取引等にかかわる財産法に関して、債権と物権との対置峻別構成がとられている<sup>(26)</sup>ことが特徴である<sup>(27)</sup>。「第四編 親族」は婚姻と離婚・親子関係など、「第五編 相続」は法定相続と遺言による相続などが規定される。

## 注

<sup>(20)</sup> 帝政下で制定されたオーストリー民法典 ABGB はドイツ民法典施行後の 20 世紀に手直しが行われたが、共和国となった現在でも妥当している。体系構成はフランス民法典と同様の Institution 体系であるといわれている。

<sup>(21)</sup> 巻末にフランス民法典・日本旧民法・ドイツ民法典・現行日本民法典の編別と概要を一覧する「表－1」を設けた。この表では、終に施行されるに至らなかった「旧民法（1890 年、明治 23・4・12 法 28、明治 23. 10. 7 法 98）」に少し詳細な概略を記した。フランス民法典・

ドイツ民法典・日本民法典についてはいずれも手直しはされつつも現行法であるから全体の構成をはじめ内容を知るのは現行法の条文集が各国で刊行されているがゆえに容易である。これらに対し、旧民法の内容は我妻栄編集代表『旧法令集』（1968年）115頁以下に掲載されているが、江頭憲治郎他編『旧法令集（平成改正版）』（2012年）103頁以下では、「民法の一部を改正する法律」（平成16法147）以前のカタカナ表記の現行民法典が掲載され、「旧民法」はこれに差し替えられている。このため「旧民法」を容易に参照することが困難となっている現状においては、本稿においてこのような措置をとることとした。なお、『旧法令集（平成改正版）』では「民法 旧→新 条数対照表」（同書164頁）と「民法改正経過一覧」（同書165頁以下）があり、特に「改正経過一覧」では旧民法制定当時の改正の要点もあわせて述べられているので、民法典制定にかかわるわが国の歩みを概観することができる。

「表-1」を作成するに際しては、各法典相互の内容的な対応関係を示すため、まずフランス民法典に対応させて旧民法の人事編（それ以外より後に公布された）を上配置し、次に旧民法の編成に合わせてドイツ民法典の第三編と第二編の配置を逆に、表の上にはまず第三編を、その下に第二編を配置した。その結果、現行日本民法典とドイツ民法典も各編の内容で対応する。また「担保」に関する規定が、フランス民法典は「第四編 担保」で、旧民法は「債権担保編」でまとめて配置されているのに対し、ドイツ民法典と現行日本民法典とは人的担保が「債権」編に、物的担保が「物権」編に配置されていることが明瞭になる（その意義は後述3.4.並びに注<sup>(22)</sup> <sup>(27)</sup> <sup>(33)</sup> <sup>(34)</sup>）。

またドイツ民法典と現行日本民法典の立法過程について留意すべき事がある。施行期日から見れば日本民法典の方が先行しているが、ドイツ民法典の第一草案は1885年に公表され、公論に付される中で強い批判を受けて「社会的油の数滴」がもたらされる形で若干修正されて第二草案、第三草案となり、1896年に公布された－ヴィーアッカー／鈴木訳566頁以下。第一草案はローマ法の影響が強すぎるとの批判がゲルマニストから強く加えられたが、日本民法典の起草過程ではこの第一草案に強い影響を受け、他方でこの草案が批判を受けて修正された経過を踏まえずに公布されたという点に、ゲルマニスト的な財物の利用秩序の視点と社会法的視点を欠くという現行日本民法典の内在的問題があると指摘する研究として－平野義太郎『民法におけるローマ思想とゲルマン思想』（1924年初版、1970年増補新版）。

<sup>(22)</sup> 「人的担保」とはその機能面に着目した用語法であり、ドイツ民法典や現行日本民法典では、その法律上の形式的構造ないし特質に鑑みて「多数当事者の債権関係」すなわち「連帯債務」「保証債務」「連帯保証」などとして「ドイツ民法典第二編 債務関係」ないし「日本民法典第三編 債権」の総則的規定の中に置かれている。

<sup>(23)</sup> フランス民法典の草案は、法律専門家たちの手で作成された後、法律家を除いた当時の哲学者（学者というより教養溢れる知の愛好家と理解されるべき人）たちだけからなる委員会での検討に付された。全体の体裁と文体や用語などが哲学者の見地から検討されたのである－Charmaz、前掲書。因みに、作家のスタンダールは、就寝前にワインとタバコと

を傍らにフランス民法典を読み、自らのフランス語を常にフランス民法典の条文の文言に照らして反省することを日課としていたと読んだことがある。紀元前5世紀のローマ「十二表法」にまつわるエピソード（前傾注<sup>(2)</sup>）を彷彿とさせる。

- <sup>(24)</sup> ヴィーアッカー／鈴木訳・前掲書「第3部 理性法論の時代」（267頁以下）および「第4部 歴史学派・パンデクテン法学および民事法の実証主義」（443頁以下）。

Institution 体系とパンデクテン体系とは、ユスティニアヌスによるローマ法大全の時代には並存するものであったようだが、18世紀から19世紀にかけての時代には、幾何学的論理構成をとる自然法思想に支えられて後者を積極的に採用する動きがあった。「…いまや法律学はユークリッド幾何学において定理から結論を引き出すように、法学者は一つないし複数の根本規範からの分析的判断により、大小の諸法規を導出する。かようにして三段論法を用いて個々の諸命題ないし諸概念は相互の従属関係にあるピラミッドの体系に構築される。それゆえ個々の諸命題は厳密な論理的手順によって最終の上位命題から導出されなければならない。そうすることによって、従来の権威ある諸法源のテキストから帰納的に結論を出した法律の解釈学とは逆に、法律学の中心は諸命題を論証して、それを積み重ねることによって次第に上位の諸命題を創出して行くことであり、個々の具体的事実に近い命令・禁止規範はたんなる結論として後退する」－上山・前掲書175頁。かくして、権威者による属人格的な正当性を備えた異論の余地を認めない（ともすれば恣意に陥る）判断のあり方が克服され、論証可能な形式的合理性によって担保された非属人格的で普遍的な正当性の有無を論議することに道が拓かれるのである。

- <sup>(25)</sup> 1871年に多数の領邦に分かれていたドイツ地域が単一の「ドイツ帝国」に統一された後、多数の領邦の連合体として成立した統一ドイツ帝国の体制の下、法の統一に取り組まれた。北ドイツ連邦の時代に手形法と一般ドイツ商法典が制定されていたが、ドイツ帝国成立後の1877年に民事訴訟法と破産法が、1879年に裁判所構成法が制定され、実体法としての民法典は1900年に施行されている（本稿注<sup>(1)</sup>参照）。

- <sup>(26)</sup> 19世紀のドイツでは、Windscheidt, Actio 論などローマ法の「actio = 訴権」に起源し、実体法と訴訟法との架け橋として考えられた「請求権 Anspruch」に関する研究が盛んであったが、それは今日でいわゆる「債権譲渡」の概念の構築に向けられたものであったといわれる（我妻栄『近代法における債権の優越的地位』（1953年、本文1頁以下、初出法学志林29巻6号～31巻10号、1929～1931年）31頁以下。奥田昌道「ヴィントシャイトのアクチオ論について」（法学論叢63巻3号、1957年、1頁以下、後に同『請求権概念の生成と展開』（1979年）に所収）。

ドイツ帝国の誕生とドイツ民法典の成立に先行してまだ多数の領邦国家が分立していた1863年に、領邦のひとつであったザクセン王国で独自に制定されたザクセン民法典は、その編成において現行日本民法典と共通して「第二編」を「物権」、「第三編」を「債権」にしているが、その債権に関する規定群の冒頭に置かれているのが債権（Forderungsrecht=請求権）譲渡に関する諸規定である－ザクセン民法典についてヴィーアッカー／鈴木訳558

頁。ザクセン民法典の条文については、1990年代に同志社大学の図書館で参照した。

<sup>(27)</sup> 財産権の物権と債権とへの二分法は「ローマ法の訴訟方式の分類すなわち、対物訴訟 *actio in rem* と対人訴訟 *actio in personam* の区別に由来している。対物訴訟は所有権その他の物権及び父権または夫権を保護するものであり、この訴訟の請求表示は物に対して (*in rem*) 作られ、単に原告の名を含むのみであって被告の名を含まない。これに対して対人訴訟は原告と被告との名を含み被告某という特定の人に対して (*in personam*) 作られることを原則とする。この訴訟上の対立は支配権が絶対的であってすべての人に対して成立するのに対し、請求権が特定の人に対してのみ成立するという物権と債権の実体法上の区別となった」－上山・前掲書 180 頁、注 18。この対置峻別構成の意義については、日本民法に関して後述する (3.4. 及び 注 <sup>(33)</sup> <sup>(34)</sup>)。

### 3.4. 旧民法典と日本民法典

日本民法典の制定にかかわる明治初年以來の動きについてはここでは論及せず、あくまで民法典の構成について見ておく<sup>(28)</sup>。

1890年に公布されながら国内の激しい批判にさらされて終に施行されるに至らなかった旧民法は、その起草において大きな役割を果たしたのがフランスの法学者ボアソナードであり、フランス民法典の影響を観察することができる。しかし、ボアソナードが来日して民法典の起草作業に着手したのは1870年代であり、この時点でフランス民法典は1804年の施行以来70年を経過し、その間にフランスでの民法典の存在を前提として蓄積された実務と学説の展開を踏まえ、ボアソナードは自らの考えに即した独自性のある民法典を構想したようである。フランス民法典は5編構成であるが、第五編は海外領土に対する民法典の適用に関するもので、それを除けば実質的には4編構成となる。旧民法に新たに設けられたのは「証拠編」であり、「時効」に関する規定がここに置かれている。「時効」はフランス民法典では第三編「所有権取得の種々の方法」の第21章に置かれている<sup>(29)</sup>。また、契約とこれに基づく債権とが、フランス民法典では「第三編 所有権取得の種々の方法」中にまとめて置かれているが、旧民法では「財産編」の第二部「人権及び義務 (= 債権及び債務)」中に「義務の原因」として法定の義務と並んで「合意 (= 契約)」一般が置かれ、合意による義務の個々の発生原因は「財産取得編」第3章以下に規定されている。換言すれば旧民法「財産編」は財産権総則として物権と債権に関する総則的諸規定を置いている<sup>(30)</sup>のである<sup>(31)</sup>。

最後に、ドイツ民法典と共通してパンデクテン体系を採用している現行民法典の特質について概説する。

まず「第一編 総則」において、ドイツ民法典と同様にすべての法律関係の発生・変更・消滅という法効果の発生もたらすものとして「法律行為」という概念を定めている<sup>(32)</sup>。以下の具体的な法律関係を規律する通則の中に、「代理」「時効」などとともこれを位置づけている。

第2に、「第二編 物権」と「第三編 債権」と法典の体系を構成し、「債権」概念の精緻化と「物権」と「債権」とを対置し峻別するように構成している。「債権」は、「契約上発生した、

契約当事者が持つ地位」に、契約そのものの効果と切り離して独自に、債権者によって処分可能な財産権としての位置を与え、これを譲渡可能にするために考えられた概念である<sup>(33)</sup>。このことにより、19世紀を通じて飛躍的に展開された資本主義経済社会の中で行われる種々の取引形態において「契約自体の内容」と「契約によって形成・獲得された地位」の法的実現に関する問題がその結果として発生する法的地位の分離という形で民事執行法・破産法といった手続法と結合しての「債権の保全と回収」に場所を変えて重要な意義を持つ<sup>(34)</sup>。

## 注

<sup>(28)</sup> 日本の民法典の成立にかかわる、ボワソナードを中心とする法律家をはじめとする明治初期の動きについては、大久保泰甫『ボワソナードー日本近代法の父』（1977年）、池田真朗『ボワソナードとその民法』（2011年）。またいわゆる「民法典論争」について星野亨『民法典論争資料集』（1969年初版、2013年復刻版）。ボワソナードやブスケなどの法律家をはじめ、土木工学や医学などのために招かれたお雇い外国人について梅溪昇『お雇い外国人たちー明治日本の協役たち』（1965年、2007年に講談社学術文庫）。

<sup>(29)</sup> 「時効」には消滅時効と取得時効とがあり、ドイツ語では前者は Verjährung、後者は Ersitzung と、日本語のような「時の経過」を示す文言は消滅時効にしかない。この点は措くとしても、両者の時効を統一的時効法の下に措くか、ドイツ民法典のように消滅時効は「総則」編に、取得時効は「物権」編に置くか、現行日本民法典のように「総則」編中に統一的に規定するのか。尤も現行日本民法典でも、取得時効は「物権」編の占有に関する規定と内容的に密接な関係（民法162条と186条、188条）がある。時効取得を物権変動の一種と考えるならば、意思主義を採る現行日本民法典（176条）と要式主義を採るドイツ民法典とでは扱いが異なると考えられる。さらに、旧民法の「証拠編」の第一部は裁判官の心証形成等、今日では民事訴訟法に規定される事柄が民法に置いて規定されている。民事実体法と民事訴訟手続法との関係をめぐる問題は現行民法典にも見られる。民法197条以下は「占有の訴え」という訴訟形態で規定され、また民法414条といった強制執行に関わる事柄が民法典に置かれている。

現行法の制定過程とその後においてフランス民法典と旧民法が重要な役割を果たしていることが指摘されているー多くの研究に代えて北村一郎編『フランス民法典の200年』（2006年）の星野英一「フランス民法典の日本に与えた影響」。

<sup>(30)</sup> 「財産編」で債権（「人権及び義務」といい、これを条文中で「債権」と言い直している）を物権と並存する財産権であると認識することは、両者を対置峻別するパンデクテン体系に近づいているとも考えられる。フランス民法典と旧民法との深い比較については今後の研究に譲りたい。

<sup>(31)</sup> 旧民法典はその体系構成においてのみならず、次の諸点も現行民法典と比べて特質的である。第1に、概念の一般的定義に関する規定が非常に多いことである。これは、法典自体を教科書と考え、法律学に関する素養なしに民法典だけを見てこれを理解しようとする

者には意味があるかもしれないが、非常に煩雑である。また、現行民法典は紛争の中で当事者が求める法効果とその法効果を発生させるための要件とが極力一文の中に述べられる形をとっているのに対し、旧民法は定義規定の多さと相俟って法効果とその発生要件とが読み取りにくいという問題がある。そして第2に、旧民法典の条文は、5つの編の各編が改まるごとに第1条から番号が振られている。その結果、たとえば第1条は各編に存在することになり、具体的な適用の場面では「〇〇編第△△条」と条文の番号だけでなく編の名を個別に明示しなければならない。現行民法典のような通し番号だと、各条文はその編別にかかわりなく1箇条しかないので、参照条文の引用が極めて簡略である。この条文の番号の振り方についての問題は、プロイセン一般ラント法にもあり、第1部23編、第2部20編の編ごとに第1条から始まる。

<sup>(32)</sup> ドイツ民法典や日本現行民法典にある「第一編 総則」も、その内容を見れば実は「人」と「物」に関する規定が置かれているように Institution 体系の名残はある。内容的に「総則」たるにふさわしいのは「法律行為」のみであり－ヴィーアッカー／鈴木訳・前掲書585頁以下、上山・前掲書180頁－、この概念は優れている。「意思表示を不可欠の要素とし、その意思に沿った法効果を発生させる法律要件」と定義されるそれは、近代法の大原則である法効果発生についての意思主義を端的に示すものである。

ただ、法律行為は原則として意思的に形成されるすべての法律関係に通低する概念であるだけに、これのみを単独で切り離して考えることは抽象的に過ぎ、特に民法の初学者にとって「民法総則」が難解なものとなりがちである。後述する「民法の講義体系」に関する筆者の問題意識は、このことと強く関連するのである。

<sup>(33)</sup> 契約はその相手方に対して何らかの内容を持った「請求」を可能とする。この「請求できる地位」も、これを「対人訴権」（前傾注<sup>(25)</sup>）の枠内にとどめておくと、この地位を当事者が契約の相手方以外の第三者に譲渡したいときに「訴権」を譲渡することになるが、「訴権」はあくまで裁判制度の中で特定当事者にだけ認められたいわば法理上「公法上の権利」であるから、譲渡には親しまない。契約に基づいて相手方に一定の請求をすることができるといふ法的地位に、当該契約の相手方（請求される者）の意向を忖度しないで、専ら「請求する者」の意思だけでの処分に親しむ、当該契約自体と切り離された財産権を考えることは、この「訴権譲渡」の法理上の制約を打破することになるのである。この「契約の相手方に一定のことを請求することができる」という実体法的な地位が「請求権」であり、このような属性を持った財産権としての請求権が「債権」なのである。

<sup>(34)</sup> 債権の効力は相対的で、絶対的効力を持つ物権と対置される－前傾注<sup>(25)</sup>。その意味は、執行と保全において最も端的に現われる。債権は強制執行をするに際して「債務名義」を要し、これを獲得するためには原則として債権者による債務者を被告とする訴訟提起とその訴訟における債権者勝訴の判決の確定を要する（民事執行法22条各号）が、物権としての担保権の実行としての強制執行に際してはこれを要しない（民事執行法180条）。また、相対的効力を持つ債権は債務者のみに効果を及ぼし、いかなる債権者も当該債務者の他の

債権者との関係においては優劣関係に立たない（債権者平等の原則）が、物権は絶対的効力を持つがゆえに、当該債務者に対するほかの債権者に対してもその効果を持つ。このことは、債務者が破産した場合の債務者の責任財産からの特定財産の取り戻し（破産法 55 条 取戻権）と、有力な債権回収（優先弁済権、破産法 56 条 別除権）を実現する－「…私法学の概念形成は…たとえば物権的権利と債権的権利における対立の真の意味は、強制執行と破産という観点から出発した場合にのみ、はじめて、理解されうるであろう」（ヴィーアッカー／鈴木訳 563 頁以下）。

このように、財産権を債権と物権とに對置峻別し、その上で両者を機能的に結合させることで経済社会特に信用取引・金融取引に大きな意味を持たせる、ということを主題とする研究が我妻・前掲書－特に 1953 年に書き下ろされた「序」で、物権と債権との経済取引社会における役割と近代資本主義経済におけるその意味（主に金融取引における財産権の担保化）が我妻自身の生涯的研究構想との関係でまとめられている。

### 3.5. 国家制定法としての法典編纂の成果…立法と実務と法学教育との連携

法律が、多数の特別法ではなく一般法の部分が一個の法典として体系的に編纂された結果、国民は大きな成果を享受しているといえる。

第 1 に、市民社会を規律するフレームワークとして民法典は、法制度全体を安定的に支える基本法としての意義を果たしている。フランス民法典は 1804 年に制定され、ドイツ民法典は 1896 年に公布され、1900 年に施行された。現行日本民法典も 1896 年施行である。それぞれの民法典は個々の部分的な手直しはあるが基本的構成は維持されている。この間、日本では 1945 年の敗戦を境に 2 つの憲法体制を経験した<sup>(35)</sup>。1871 年に成立したドイツ帝国は 1900 年にドイツ民法典を施行したが、1919 年の第一次世界大戦の敗戦で瓦解し、替わって成立したいわゆるワイマル共和国（正式国号は Deutsches Reich）も 1933 年の国民社会主義ドイツ労働者党（ナチス）への授權法によって事実上崩壊し、その体制<sup>(36)</sup>も 1945 年の第二次世界大戦敗戦によって瓦解し、さらに 1949 年にドイツ連邦共和国と並列して成立したドイツ民主共和国は 1990 年にドイツ連邦共和国に吸収される運びとなった。つまり、ドイツ民法典が施行されたドイツ帝国の時代から今日に至るまでに、ドイツ西部地域で 3 回、東部地域では 4 回の政治体制の根本的変化を経験しているが、民法典は一貫して一つである<sup>(37)</sup>。フランスにいたってはフランス革命以来、今日の第五共和制に至るまでに多数の政治体制・統治形態と憲法の変化を経験してきた<sup>(38)</sup>。しかし、ナポレオン一世の帝政下で施行された民法典の基本は今日に至るまで変わっていない<sup>(39)</sup>。

憲法と政治体制が根本的な変化を経験してもなお、市民社会に内在する法律関係の規律自体は安定的であるといえ、それが民法典の維持という形で観察されるのである。

第 2 に、法典としての民法は現在の法律関係実務に言葉・用語と文法における統一性を持たせるという役割を果たしている。その意味するところの詳細は、本稿の目的に照らして他日を期さざるを得ない<sup>(40)</sup>。ただ、交渉や議論において用語と文法が統一されていることの意味は

単に相互のやり取りに際して共通の問題意識の形成に資するところが大きいということのみならず、組織や体制にアカウンタビリティ accountability が備わっていることを担保するという意義がある。すなわち、事実上の力としての権力の行使が法的な裏づけがある権能<sup>(41)</sup>の行使とされる場合には、個人の恣意に寄らない「行使の正当性」の有無という批判と客観的検討が可能となるのである。

第3に、この一定の体系を持つ法典の存在は、次代の社会経済の担い手を養成する教育の面においても重要である。法学部をはじめとする大学の学部のカリキュラムの構築と運用に際して、体系性を備えた法典が実定されていることの意味は大きい。すなわち多くの法学部で設定されている「民法総則」「物権」「担保物権」「債権総論」「債権各論」「親族」「相続」といったパンデクテン体系に沿って開講されている科目群は、その科目名称を見るだけで何が対象となっているかを、その純粋国語的・語感的意味によってではなく、実定法を手がかりにして客観的正確にかつ容易に理解できる。具体的に何をどのように、場合によればどの順序で講義すればよいか、講義担当者はこれを容易に把握できるし、受講生が期待できる内容も科目名称で把握できる。のみならず、民法諸科目を複数の教員で分担する場合にも、また民法の教科書を複数で分担執筆する際にも、この法典の体系は極めて有用なのである<sup>(42)</sup>。この点は、民法のみならず憲法・商法・会社法・刑法・民事訴訟法・刑事訴訟法といった法典のあるいわゆる「六法科目」相互の関係についてもあてはまる。つまり、自分が担当していることにかかわる別の法領域についての説明も、その詳細はそれぞれの科目の担当者に信頼することができる。法学部のみならず法律関係の領域についての科目の任務分担が比較的明確かつ確実に行うことができることの意義は大きいのである。

しかし、この利便性に富んだパンデクテン体系も、カリキュラムの構築において深刻な問題を発生させることがある。それは、政策科学部でのように、法律関係の開講科目数自体が少なく、かつ上述の「六法科目」の中で憲法・民法・行政法しか開講されておらず、それぞれの科目の担当教員がひとりしかない場合には、この状況に向き合う検討が必要になる。以下では、その点に焦点を絞って述べていく。

## 注

<sup>(35)</sup> 日本国憲法に即して1948年に「第四編」と「第五編」が大改正されたことを別にすると、「民法の一部を改正する法律」（平成16法147）によって「第一編」～「第三編」が句読点付のひらがな表記による現代語化が図られただけである。

<sup>(36)</sup> ナチスの時代に「民族法典 Volksgesetz」計画があり、民法典 BGB からの決別が提唱されたこともある - Schlegelberger, Abschied vom BGB, 1937、我妻栄「ナチスの契約理論」（法学協会雑誌 51 巻 12 号、1932 年、同『民法論集 I』（1970 年）389 頁以下所収）、同「ナチスの民法理論」（法学協会雑誌 51 巻 4 号・5 号、1933 年、同『民法研究 I』（1970 年）241 頁以下所収）、同「ナチスの所有権理論」（牧野教授還暦祝賀法理論集、1938 年、同『民法論集 I』（1970 年）337 頁以下所収）、吾妻光俊「独逸に於ける私法理論の転回」（1939 年、



一橋論叢 4 巻 175 頁以下)、ヴィーアッカー／鈴木訳 653 頁以下、広渡清吾「ナチス私法学の構図」(2016 年、専修法学論集 126 巻 155 頁以下、後に同『ドイツ法研究』2016 年の第 1 章に所収)。広渡・前傾 182 頁には、「民族法典」が 8 編(第 1 編民族同胞、第 2 編家族、第 3 編相続、第 4 編法的取引および責任、第 5 編所有権秩序、第 6 編労働、第 7 編企業、第 8 編団体)構成であると予定されていたと紹介されている。なお、1935 年に修学令－ヴィーアッカー／鈴木訳 654 頁－において大学の民法科目に関する指令があったようで、たとえばベルリン大学では「民族の条下で親族、離婚法が、職能団体の条下で世襲農地法、農民法並びに土地法が、法取引の条下で商品と貨幣、総則が取り扱われ」ていたという－吾妻・前傾 181 頁。民法のカリキュラムに関する問題は後述本稿 (2)。

(37) ドイツ民主共和国では、成立時点からしばらくはドイツ連邦共和国と同様にドイツ民法典が用いられていたが、1975 年からドイツ民法典 BGB に代えて「市民法典 ZGB」が施行された－ZGB の成立過程につき山田晟『ドイツ民主共和国法概説 上巻』(1981 年) 18 頁および 25 頁以下、ZGB の内容につき同『同 下巻』(1982 年) 163 頁以下、また伊藤進「ドイツ民主共和国私法典(試訳) 上・下」(1977 年、法律論叢 49 巻 3－4 号 151 頁以下、50 巻 1 号 111 頁以下)。ZGB は、市民個人相互間または市民と経営体(協同組合を含む)との間の契約に関して規律し、経営体相互の契約については別に 1965 年に「契約法(社会主義経済における契約体系に関する法律 Vertragsgesetz; Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft)」が制定された－山田・前傾書上巻 18 頁。また ZGB の財産法の内容は経済取引秩序と同時に財物の利用秩序を重視するといった特徴を有する。しかし、1990 年のドイツ再統一後はドイツ民主共和国政府に統治されていた地域はドイツ連邦共和国の規律の下に入ったのであるから、ドイツ民法典はナチスの時代やドイツ民主共和国のあった時代の歴史経過がありつつも、ドイツ全体としてはそれ自体の法典としての一貫性を維持しているともいえるのである。

(38) フランスは「憲法の実験室」と評されることもある－モーリス・デュヴェルジェ／時本義昭訳『フランス憲法史』(原典 1944 年初版。1995 年に原典第 13 版の翻訳)は、1870 年の第二帝政まででさえ「制限君主制→共和制→独裁」の体制を 2 回くりかえしたという。その後は共和制に落ち着いたが、それさえ 1875 年第三共和制、1946 年第四共和制を経て現在は 1958 年からの第五共和制の下にある－辻村みよ子・糠塚康江『フランス憲法入門』(2012 年)。

(39) 本文の文脈との関係ではいささか問題ではあるが、韓国では、1911 年以来の日本統治下では日本民法典が適用され、1945 年の独立後も暫定的に 1960 年 1 月 1 日まではそのままであったが、同年同月同日からは独自に制定された大韓国民法典が施行された。その基本的な構成はパンデクテン体系によっている－高翔龍『韓国法』(2007 年初版、2016 年の第 3 版を参照)。

(40) 実は法律用語とその文法の統一が重要であることは、上述した各国の法典制定過程で示されている。このことはひとり裁判実務においてのみならず、司法書士や行政書士らパラ

リーガルスタッフが市民社会の中で役割を果たす上でも、行政機関における文書作成と公務員相互のやり取りに際しても、金融業界をはじめとする企業相互間と個別企業内部での業務においても、市民相互の交渉においてもいえることである。

- (41) 「権能」とは、ある力の行使にこれを許容する法的な裏づけがあることをいい、それには「権限」と「権利」の2つがある。「権限」は、何らかの義務がその権原となっているのであり、義務の履行の一環として、その義務者にイニシアティブが委ねられている。換言すれば、「権限」の不適切な行使もちろん、その不行使もそれ自体が「義務の不履行」なのである。その例としては民法 818 条以下に規定された「親権」が適切である。民法 820 条には「権利があり、義務を負う」と文言表現されているが、「親権」は専らこの「子の利益のために」行使されるべきものであるから「権限」の名にふさわしい。その他、行政機関が行う行為（たとえば河川法などに基づく「公の営造物」としての河川の管理など）などにも該当する。これに対して「権利」は、その主体の利益を図ることを専らとして賦与されたものであり、自らの利益を図ることは個人の自由であるから、その行使も不行使も他者からの批判の対象とならない。財産権は基本的にこの意味での「権利」である（末川博『権利侵害と権利濫用』（1970 年、「権利侵害論」の初出は 1925 年）263 頁以下、特に 426 頁）。

- (42) 法学部での講義をはじめ、経済学部などでもしばしば用いられていた代表的な有斐閣双書の民法の教科書を例にする。谷口知平・於保不二雄監修／甲斐道太郎・乾昭三・椿寿夫編集『新版民法概説 1～3』（1967 年初版）は版を重ねた教科書であるが、全 3 巻を通じて 26 名の執筆者がおられる。また、遠藤浩・川井健・原島重義・広中敏雄・水本浩・山本進一編集の『民法 1～9』（1969～1971 年）は各巻が「民法総則」「物権」「担保物権」「債権総論」「債権各論（契約総論）」「債権各論（契約各論）」「不法行為」「親族」「相続」にあてられているが、執筆は各巻ごとに上記編集者を含む数名ずつで分担され、全 9 巻で延べ 50 名ほどになる（この調査に際してはコンピュータでは絶版本や初版本が検索できないことが多く、立命館大学生協の OIC 購買部の皆さんと有斐閣京都支店の後藤良明氏にお世話になった。記して感謝の意を表したい）。

[表 - 1]

フランス民法典 (1804年)	日本旧民法 (1890年公布)	ドイツ民法典 (1896年公布)	現行日本民法典 (1896年公布)
<p>序章</p> <p>第一編 人</p> <p>第一章 私権</p> <p>第二章 民事身分証書</p> <p>第三章 住所</p> <p>第四章 不在者</p> <p>第五章 婚姻</p> <p>第六章 離婚</p> <p>第七章 子</p> <p>第八章 養子</p> <p>第九章 親権</p> <p>・</p> <p>・</p> <p>・</p>	<p>人事編</p> <p>第一章 私権の享有及び行使</p> <p>第二章 国民分限</p> <p>第三章 親族及び姻族</p> <p>第四章 婚姻</p> <p>第五章 離婚</p> <p>第六章 親子</p> <p>第七章 養子縁組</p> <p>第八章 養子の離縁</p> <p>第九章 親権</p> <p>第十章 後見</p> <p>第十一章 自治産</p> <p>第十二章 禁治産</p> <p>第十三章 戸主及び家族</p> <p>第十四章 住所</p> <p>第十五章 失踪</p> <p>第十六章 身分に関する証書</p>	<p>第一編 総則</p> <p>人・物</p> <p>法人一般</p> <p>法律行為</p> <p>代理</p> <p>消滅時効</p> <p>自力救済 等</p>	<p>第一編 総則</p> <p>人・物</p> <p>法人一般</p> <p>法律行為</p> <p>代理</p> <p>時効</p> <p>(消滅時効 取得時効) 等</p>
<p>第二編 財産及び所有権の 種々の変容</p> <p>第一章 財産の区別</p> <p>第二章 所有権</p> <p>第三章 用益権、使用権 及び居住権</p> <p>第四章 役権即ち地役権</p>	<p>財産編</p> <p>総則</p> <p>第一部 物体</p> <p>第一章 所有権</p> <p>第二章 用益権</p> <p>第三章 賃借権 (等)</p> <p>第四章 占有</p> <p>第五章 地役</p> <p>第二部 人権及び義務</p> <p>第一章 義務の原因 (合意・不当利得・不法行為)</p> <p>第二章 義務の効力</p> <p>第三章 義務の消滅</p> <p>第四章 自然債務</p>	<p>第三編 物権</p> <p>占有</p> <p>不動産に対する 権利の一般規定</p> <p>取得時効</p> <p>所有権</p> <p>用益権</p> <p>担保物権</p>	<p>第二編 物権</p> <p>物権変動</p> <p>占有</p> <p>所有権</p> <p>用益物権</p> <p>担保物権</p>
<p>第三編 所有権取得の 種々の方法</p> <p>全21章中で</p> <p>相続・合意一般・ 合意なく形成される役務 夫婦財産契約 各種典型契約</p> <p>第20章 消滅時効</p> <p>第21章 占有及び 取得時効</p>	<p>財産取得編</p> <p>総則</p> <p>第一章 先占</p> <p>第二章 添付</p> <p>第三章 売買</p> <p>第四章 交換</p> <p>(以下、6種の典型契約)</p> <p>・ ・ ・ ・ ・</p> <p>第11章 代理</p> <p>第12章 雇用及び 仕事請負の契約</p> <p>第13章 相続</p> <p>第14章 贈与及び遺贈</p> <p>第15章 夫婦財産契約</p>	<p>第二編 債務関係</p> <p>債務関係の内容</p> <p>契約と債務関係</p> <p>債務関係の消滅</p> <p>債権譲渡</p> <p>契約 (売買等の典型契約)</p> <p>事務管理</p> <p>不当利得</p> <p>不法行為</p>	<p>第三編 債権</p> <p>債権の効力</p> <p>債権譲渡</p> <p>債権の消滅</p> <p>契約 (総則と典型契約)</p> <p>事務管理</p> <p>不当利得</p> <p>不法行為</p>
<p>第四編 担保</p> <p>第一章 人的担保</p> <p>第二章 物的担保</p>	<p>債権担保編</p> <p>総則</p> <p>第一部 对人担保 (保証・連帯債務等)</p> <p>第二部 物上担保</p> <p>第一章 留置権</p> <p>第二章 動産質</p> <p>第三章 不動産質</p> <p>第四章 先取特権</p> <p>第五章 抵当</p>	<p>第四編 親族</p>	<p>第四編 親族</p> <p>婚姻</p> <p>親子</p> <p>養子縁組 等</p>
<p>第五編 マヨットに 適用される規定</p>	<p>証拠編</p> <p>第一部 証拠</p> <p>第二部 時効</p>	<p>第五編 相続</p>	<p>第五編 相続</p> <p>法定相続</p> <p>遺贈 等</p>

